



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2021 FASC. I

(ESTRATTO)

**GIUSEPPE NAGLIERI**

**UN NUOVO MODELLO DECISORIO PER UN NUOVO EQUILIBRIO TRA POTERI?**

***UNVEREINBARERKLÄRUNGE ANWENDUNGSSPERRE***

**NEL DIRITTO PROCESSUALE COSTITUZIONALE ITALIANO**

**(BREVI NOTE, COMPARATE, A MARGINE DI CORTE COST. ORD. 132/2020)**

15 FEBBRAIO 2021

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

Giuseppe Naglieri

**Un nuovo modello decisorio per un nuovo equilibrio tra poteri?**  
*Unvereinbarerklärung e Anwendungssperre nel diritto processuale costituzionale italiano*  
(brevi note, comparate, a margine di [Corte cost. ord. 132/2020](#))\* \*\*

**ABSTRACT:** *In ruling [132/2020](#), the Constitutional Court deployed the same two-parts introduced in 2018 in the Cappato case. The decision can be compared, with regards to the effects on the contested provision of the criminal code, with the Unvereinbarerklärung case-law of the Federal Constitutional Tribunal of Germany. The paper intends to outline the peculiarities of the judgment, aiming to setting them in the European Constitutional Justice panorama*

SOMMARIO: 1. Corti, libertà di manifestazione del pensiero e legislatore. – 2. *Unvereinbarerklärung, Vollstreckungskompetenz*: un modello irreplicabile? – 3. Autonomia processuale del *BVerfG* e divisione dei poteri: ai confini della giurisdizione costituzionale. – 4. Un nuovo diritto processuale costituzionale per un nuovo equilibrio tra poteri? – 5. Considerazioni conclusive.

1. Corti, libertà di manifestazione del pensiero e legislatore

Con [ordinanza n. 132/2020](#), relativa alla questione di costituzionalità degli art. 595, comma 3, c.p. e 13 della legge n. 47 del 1948 (*Disposizioni sulla stampa*), la Corte costituzionale pare avere confermato l'originale schema decisorio a doppia pronuncia inaugurato nel 2018 con il caso Cappato<sup>1</sup>, che ancora continua a sorprendere<sup>2</sup> tanto per i profili di innovatività sul piano processuale, quanto per quelli sostanziali con riguardo al rapporto con legislatore e giudice comune.

S'intendono pertanto tratteggiare qui le peculiarità della predetta ordinanza della Consulta e gli elementi di rilievo di questo nuovo modello decisorio, con il precipuo fine di inquadrarli nel panorama della giustizia costituzionale europea e, soprattutto, di avviare una comparazione con la prototipica esperienza della *Unvereinbarerklärung* del *Bundesverfassungsgericht* tedesco.

Con le rispettive ordinanze di rimessione, i Tribunali di Bari e Salerno sostenevano, dunque, l'illegittimità costituzionale delle surriferite disposizioni, per violazione degli articoli 3, 21, 25 e 27 Cost., in ragione sia del loro carattere manifestamente irragionevole e totalmente sproporzionato della previsione della pena detentiva, soprattutto nella ponderazione del bene giuridico della reputazione, presidiato dalla norma incriminatrice, rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero, sia dell'«attesa inidoneità della minacciata sanzione detentiva a garantire il pieno rispetto della funzione general preventiva e special preventiva della pena stessa».

Lamentavano, altresì, i rimettenti la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'articolo 10 della CEDU, come interpretato, in questo specifico ambito, dalla costante

---

\* Contributo sottoposto a referaggio.

\*\* Dottorando in Diritto costituzionale comparato nell'Università di Bari Aldo Moro.

<sup>1</sup> La dottrina sul tema è sterminata, *ex multis*: A. RUGGERI, [Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale \(a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato\)](#), in questa [Rivista 2018/III](#), 571; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [Questione Giustizia](#); S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in [Biolaw Journal](#), 3/2018; G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in [Dirittifondamentali.it](#); M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in [Rivista AIC](#) n. 2/2019.

<sup>2</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in questa [Rivista, 2020/II](#), 406; R. PINARDI, *La corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 4.8.20; A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna ad adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"*, in questa [Rivista, 2020/III](#), 545; F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza 132/2020 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), n. 27/2020, 206 e ss.

giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>3</sup>, per cui la libertà di espressione sarebbe di norma violata laddove vengano applicate pene detentive a giornalisti condannati per diffamazione<sup>4</sup>.

La Corte, in una decisione che ha il *nomen* dell'ordinanza e la sostanza della sentenza di accoglimento, ricostruisce, dapprima, la propria giurisprudenza sulla libertà di manifestazione del pensiero e, quindi, nel segnalare la sua natura di «diritto coesenziale al regime di libertà garantito dalla Costituzione»<sup>5</sup> e «pietra angolare dell'ordine democratico»<sup>6</sup>, rileva la strutturale correlazione tra questa e il diritto all'informazione dei cittadini, sostenendo la necessità, dichiarata anche in numerose precedenti pronunce<sup>7</sup> di salvaguardarla da ogni forma di minaccia o coartazione diretta o indiretta che possa indebolire «la sua vitale funzione nel sistema democratico, ponendo indebiti ostacoli al legittimo svolgimento del suo ruolo di informare i consociati e di contribuire alla formazione degli orientamenti della pubblica opinione, anche attraverso la critica aspra e polemica delle condotte di chi detenga posizioni di potere»<sup>8</sup>.

Se, tuttavia, tale diritto fondamentale, prodromico all'esercizio del diritto della collettività all'informazione, deve essere naturalmente bilanciato con altri diritti parimenti di rango costituzionale come la reputazione della persona (diritto inviolabile ai sensi dell'articolo 2 Cost., nonché proiezione del diritto alla vita privata di cui all'art. 8 CEDU), il bilanciamento operato al tempo dal legislatore penale si rivela, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, oggi inadeguato; devono, infatti, considerarsi sia gli effetti di «rapidissima e duratura amplificazione degli addebiti diffamatori determinata dai *social network* e dai motori di ricerca in internet»; sia il rischio che l'eccesso sanzionatorio conduca a dissuadere, per effetto del timore della privazione della libertà personale, «la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri»<sup>9</sup>.

Il delicato bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e diritto alla reputazione spetta, secondo la Corte, ancora una volta, al legislatore «sul quale incombe la responsabilità di individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica; e, dall'altro, di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni poste in essere nell'esercizio di tale attività».

Con tale già esplorata argomentazione, la Corte ha rinviato la trattazione delle questioni ad una udienza pubblica da tenersi il 22 giugno 2021, rilevando, ancor più marcatamente rispetto all'[ord. 207 del 2018](#), che una tale soluzione viene adottata vuoi in uno spirito di leale collaborazione con il legislatore, vuoi nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni. Pur intervenendo con un nuovo schema decisionale tutt'altro che limitativo sul piano delle relazioni con il legislatore e degli effetti in concreto del *decisum* — e che secondo molti comporta una netta espansione delle prerogative della Corte — questa si affretta a ribadire quanto la ragione primaria di questo tipo di pronuncia sia da rinvenire nella limitatezza degli orizzonti del *devolutum* e dei rimedi a sua disposizione, che segnano il confine dei suoi poteri decisori.

La ragione di un tale ritegno sul piano della giustificazione dell'utilizzo della nuova formula decisoria (evidente rispetto alla più disinvolta motivazione nell'[ord. n. 207/2018](#)) è da rinvenirsi nella laconicità delle norme che disciplinano i poteri della nostra Corte con riguardo alla gestione processo costituzionale: sono forse proprio le norme il confine e l'ostacolo insormontabile al raggiungimento

---

<sup>3</sup> La Corte cita diverse sentenze, a loro volta, evocate dai giudici rimettenti: 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*; 27 marzo 1996, *Goodwin c. Regno Unito*; 6 dicembre 2007, *Katrami c. Grecia*; 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*; e 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*.

<sup>4</sup> Evocative, in tal senso, le parole della Corte EDU in *Godwin c. Regno Unito*, cit., «l'imposizione di una pena detentiva per un reato a mezzo stampa è compatibile con la libertà di espressione dei giornalisti, garantita dall'art. 10 della Convenzione, soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente quando altri diritti fondamentali siano stati seriamente offesi, come ad esempio nel caso di diffusione di discorsi d'odio (*hate speech*) o di istigazione alla violenza».

<sup>5</sup> [Corte cost. sent. n. 11/1968](#).

<sup>6</sup> [Corte cost. sent. n. 84/1969](#).

<sup>7</sup> [Corte cost. ord. n. 172/1992](#).

<sup>8</sup> Cons. dir. 7.1.

<sup>9</sup> Cons. dir. 7.3.

di una piena autonomia processuale e delle forme decisorie; quei «poteri di gestione del processo costituzionale» evocati *ad auidivandum* rispetto all'introduzione del modello alla doppia pronuncia nel 2018 sono, in effetti, di difficile giustificazione rispetto alla conformazione del substrato normativo che disciplina il processo. È forse questa la ragione per la quale la Corte non si spinge al punto di dichiarare espressamente l'incompatibilità della normativa alla Costituzione concedendo un termine al legislatore, né determina autoritativamente la sospensione dei processi diversi da quelli *a quo*, dove debbano trovare applicazione le norme oggetto del giudizio.

Tutte circostanze queste, che invece trovano spazio nella giurisprudenza sulla incompatibilità del *Bundesverfassungsgericht*.

## 2. *Unvereinbarerklärung, Vollstreckungskompetenz*: un modello irreplicabile?

Già dalla pubblicazione dell'[ord. n. 207 del 2018](#) sul caso Cappato, alcuni eminenti studiosi hanno ricondotto quel modello decisorio, nuovo per il nostro diritto processuale costituzionale, alla *Unvereinbarerklärung* tedesca<sup>10</sup>. Numerosi sono infatti gli elementi di somiglianza tra quest'ultimo strumento, alternativo alla declaratoria di incostituzionalità *tout court*, e la peculiare ordinanza di rinvio a data fissa della nostra Corte, soprattutto sul piano degli effetti inter-ordinamentali.

Per riuscire però a rilevare efficacemente continuità e discontinuità tra le due pratiche decisorie, occorre anzitutto vagliare gli elementi costitutivi di quello che appare un autentico crittotipo: la *Unvereinbarerklärung*.

Nel maggio 1970, nel giudizio concernente la questione legittimità costituzionale del quinto periodo del comma 1 dell'art. 4 della legge federale sulla imposta sul reddito (*Einkommensteuergesetz*), sollevata dal *Bundesfinanzhof*, il *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*) ha dichiarato incompatibile con l'art. 3, comma 1, del *Grundgesetz* (*GG*), la norma che escludeva, dal calcolo della base imponibile dell'imposta sul reddito di impresa, i ricavi (e gli eventuali sovraprofiti) derivanti dalla vendita di terreni agricoli e che consentiva a qualunque imprenditore agricolo, al di là delle ragioni della vendita, di conservare intatti i profitti, discriminando così apertamente gli imprenditori commerciali in quanto esclusi da questa agevolazione.

In questa circostanza, per la prima volta, il *BVerfG*, riconoscendo di non potere dichiarare l'incostituzionalità della norma per l'ampio margine di apprezzamento discrezionale riconoscibile in capo al legislatore nel correggere l'iniquità della disposizione in oggetto, l'ha dichiarata meramente incompatibile con la legge fondamentale. Il *genus* della incompatibilità, fino a quel momento inesplorato, non trovava riscontro nella *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (*BVerfGG*), che, infatti, contemplava la sola nullità come effetto della declaratoria di incostituzionalità (artt. 31 e 78 *BVerfGG*). Eppure, le circostanze di fatto, unite alla effettiva necessità, avvertita dal Tribunale e dagli operatori giuridici, di discostarsi dal paradigma della nullità (e dal binomio nullità-validità) nelle molteplici circostanze in cui questa potesse produrre uno stato giuridico ancor più incostituzionale, hanno col tempo consolidato la giurisprudenza sulla *Unvereinbarerklärung* e ampliato notevolmente gli strumenti accessori a questo modello decisorio e, soprattutto, la casistica nella quale può trovare applicazione, conducendo da ultimo la dottrina a sostenere che tra *Unvereinbarerklärung* (incompatibilità) e *Nichtigerklärung* (nullità) sussista oramai un rapporto di regola a eccezione<sup>11</sup>.

Se, fin dai primi anni di applicazione della decisione di incompatibilità, nessuno dubitava dell'*obbligo di riforma* (*Nachbesserungspflicht*) che incombeva sul legislatore quale effetto della

---

<sup>10</sup> R. PINARDI, [La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività](#), in questa *Rivista*, 2015/I; R. ROMBOLI, *L'«obbligo» per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 6.4.2015; N. FIANO, *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte costituzionale tra dichiarazione d'incostituzionalità e discrezionalità del Parlamento: uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale tedesca*, [ivi](#), 29.6.2016.

<sup>11</sup> BENDA/KLEIN (E. Benda, E. Klein) *Verfassungsprozessrecht*, 3a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2012, nota 1375, T. Barczak (cur.), *BVerfGG*, De Gruyter, Berlin, 2018, §86, 23 e ss.

sentenza<sup>12</sup>, sul piano della efficacia della norma residuavano dubbi, discorrendosi inizialmente di “validità provvisoria” delle disposizioni dichiarate incompatibili, sicché, nel 1974, il *BVerfG* ha dovuto precisare che «se viene solo accertata l’incostituzionalità di norme, ciò, dal punto di vista del diritto costituzionale ha lo stesso effetto della dichiarazione di nullità. La norma non può essere più applicata nella misura in cui risulta dal dispositivo e dal momento stesso in cui la decisione viene pronunciata»<sup>13</sup>. È quest’ultimo l’effetto primario della dichiarazione di incompatibilità: l’*Anwendungssperre*, il blocco della applicazione della norma. Questa continua, infatti, ad esistere solo formalmente<sup>14</sup>, poiché nella realtà giuridica è fatto divieto agli organi federali di applicarla, di norma sino all’approvazione di una nuova regolamentazione da parte del legislatore<sup>15</sup>. Pertanto, i giudizi in corso su analoghe controversie (*Parallelfälle*) e i procedimenti amministrativi nei quali debba trovare applicazione la norma dichiarata incompatibile resteranno sospesi sino a quel momento<sup>16</sup>.

Tali sommarie considerazioni sono forse sufficienti, fin d’ora, per potere rilevare la vicinanza tra l’*Anwendungssperre* e l’effetto sostanziale di blocco dell’applicazione della disposizione in tutti i giudizi pendenti a seguito di ordinanza “di incompatibilità” della nostra Corte: come già è stato rilevato, difficile sarà per i giudici comuni che si trovino — nel periodo di *vacatio* determinato dall’ordinanza della Corte — a dovere applicare la norma incompatibile dissentire dalla Corte «fino al punto di ritenere addirittura manifestamente infondato il dubbio che la normativa non collimi con il quadro dei principi costituzionali e con il loro ragionevole bilanciamento»<sup>17</sup>. È difatti evidente come, dietro la continenza della Corte, nel suggerire ed incoraggiare la proposizione di questioni di costituzionalità analoghe, volte alla mera sospensione dei giudizi in corso — atteggiamento invero necessario in mancanza di alcuna previsione normativa, *de iure condito*, che consenta al giudice delle leggi di determinare un obbligo giuridico di sospensione della norma incompatibile, come avviene invece nel giudizio in via principale, *ex art. 35* della Legge n. 53 del 1987 — si celi quantomeno una aspirazione ad evitare che, in pendenza del giudizio di costituzionalità, continuino a trovare applicazioni le disposizioni censurate<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. T. Barczak (cur.), *BVerfGG*, cit., 133, 377 [423 ss.]; 139, 285 [316]. Il legislatore è in linea di principio obbligato a rimediare retroattivamente alla violazione costituzionale accertata, come emerge dalla più recente risoluzione del II Senato del *BVerfG* del 7 maggio 2013: «In linea di principio, l’obbligo del legislatore di ripristinare una situazione giuridica conforme alla Costituzione si estende retroattivamente a tutto il periodo interessato dalla dichiarazione di incompatibilità e riguarda almeno tutte le decisioni non ancora definitive e basate sulla disposizione dichiarata incostituzionale (*BVerfGE* 87, 153 [158]; 99, 280 [298]; 107, 27 [58])».

<sup>13</sup> Si cita qui la traduzione della sentenza *BVerfGE* 37,217 (262) in G. CERRINA FERONI in *Giurisprudenza costituzionale e legislatore nella repubblica federale tedesca*, Giappichelli, Torino, 2022, 213. Si veda altresì *funditus* la succitata opera per la rigorosa trattazione della origine e degli ambiti applicativi della *Unvereinbarerklärung* sino al 2002.

<sup>14</sup> *BVerfGE* 72,9 (18). Cfr. A. VOßCHULE, in H. MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK (cur.), *GG*, 3° vol., Beck, Monaco, 2018, art. 93, par. 49; W. LÖWER, *Zuständigkeiten in un Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (cur.) *Handbuch des Staatsrecht*, 3° ed., C.F. Müller, Berlino, 2005, 120 e ss.

<sup>15</sup> *BVerfGE* 73, 40 (101); 87, 153 (178); 100, 59 (103); 117, 1 (70). Si veda altresì H. MAUER, *Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, in H. SCHNEIDER, V. GÖTZ (cur.), *Festschrift für Werner Weber*, Duncker & Humboldt, Berlino, 1974, 368.

<sup>16</sup> Afferma G. CERRINA FERONI in *Giurisprudenza costituzionale*, cit., che i tribunali e le autorità amministrative dovranno quindi “attendere” (*abwarten*) che il legislatore abbia eliminato lo stato incostituzionale, citando la terminologia utilizzata, tra le altre, in *BVerfGE* 36, 230 (235); 37, 154 (163). Si vedano altresì le più recenti *BVerfGE* 126, 268 (285); 129, 49 (76); 139, 285 (316); 148, 147 (211) cit. in Th. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE, (cur.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, vol. 3, C.H. Beck, München, 2020, 49.

<sup>17</sup> G. SORRENTI, *Etwas Neues unter die Sonne: un’ordinanza sospensiva dell’annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore (in margine a Corte cost. ord. N. 207/2018, questione Cappato)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2018, 1111 e ss.

<sup>18</sup> È la stessa Corte che, nell’[ord.](#) in esame, cita pedissequamente le sue parole dell’[ord. 207/2018](#): «Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se eventuali questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni in esame analoghe a quelle in questa sede prospettate debbano parimenti essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate alla luce dei principi sopra enunciati, così da evitare, nelle more del giudizio di costituzionalità, l’applicazione delle disposizioni censurate».

Occorre, invero, rilevare come le vicinanze tra *Unvereinbarerklärung* e schemi decisorii affini all'ord. 132/2020 in esame si esauriscano, ad oggi, nell'obbligo di riforma —sul quale per vero la nostra Corte non è mai giunta alle esternazioni rinvenibili nella giurisprudenza del *BVerfG* sopracitata — e nel (sostanziale) blocco della applicazione della norma impugnata: l'espansiva giurisprudenza del *BVerfG* ha dato alla luce degli strumenti eccezionali, sconosciuti (e forse ancora alieni) al nostro diritto processuale, preordinati a derogare alla *Anwendungssperre* per un tempo limitato, ovvero a introdurre regole transitorie da accostarsi alla norma incompatibile.

Si tratta dei due strumenti del *Weitergeltungsanordnung* e del *Auffangregelung*, che ancora continuano a tenere vivo il dibattito dottrinale circa i confini della giurisdizione costituzionale del *BVerfG*.

Con il primo strumento, in deroga alla regola del blocco dell'applicazione, il Tribunale ordina, *a latere* della sentenza, che la norma dichiarata incompatibile continui a trovare applicazione sino ad una certa data; sicché la disposizione resta una valida base giuridica per il compimento di ogni atto successivo, ivi compresa la pronuncia di decisioni giurisdizionali, che altrettanto debbono essere considerate valide. Ciò significa, sul piano del processo costituzionale, che le parti nel giudizio *a quo* si vedranno rigettare la propria domanda, poiché la norma incompatibile continuerà ad avere applicazione<sup>19</sup>.

L'elemento peculiare in questo tipo di pronuncia consiste nel fatto che l'efficacia della norma nell'ordinamento non dipenderà più dalla lettera della legge, ma da un "ordine per la continuazione temporanea dell'applicazione" del *BVerfG*<sup>20</sup>.

Il secondo strumento, *Auffangregelung*, si accompagna perlopiù al primo, giacché consiste nell'associazione, ad un *Weitergeltungsanordnung*, di un ordine di integrazione o modificazione della norma stessa, sotto il profilo contenutistico: la disposizione incompatibile sarà così da applicare per il periodo determinato e con le modificazioni determinate dallo stesso Tribunale nel dispositivo<sup>21</sup>.

Benché si continui a dubitare della esistenza, nel *BVerfGG*, di una norma che legittimi decisioni del genere di quelle descritte, il Tribunale ha, fin dal 1957<sup>22</sup>, ritenuto che il § 35 della legge, nella sua formulazione assai generica, autorizzasse ad adottare tutte le disposizioni necessarie al fine di «raggiungere, quanto ordinato, nel modo più giusto, rapido, più opportuno, più efficace»<sup>23</sup>.

Il §35, che dispone «*Il Tribunale Costituzionale Federale può determinare nella sua decisione l'organo responsabile dell'esecuzione; può inoltre stabilire la forma dell'esecuzione nel caso concreto*», reca con sé infatti, secondo il *BVerfG*, un concetto di esecuzione (*Vollstreckung*) assai più ampio rispetto alla nozione fornita dalla dogmatica processualistica comune: esecuzione

<sup>19</sup> Cfr. BENDA/KLEIN (E. Benda, E. Klein) *Verfassungsprozessrecht*, cit., 1402, che commentano la decisione in *BVerfGE* 113, 1 (28).

<sup>20</sup> Cfr. *BVerfGE* 91, 186 (207); 93, 37 (85); 115, 276 (317). Si veda altresì R. GAIER, *Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, JuS, 2011, 964.

<sup>21</sup> Cfr. *BVerfGE* 84, 9 (22); Si veda altresì K. STERN (cur.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik*, in B. Ziemske, Th. Langheid, H. Wilms e G. Haverkate (curr.), *Festschrift für Martin Kriele*, C.H. Beck, Berlino, 1997, 427. Un apporto critico rispetto ad una "Notgesetzgebung auf Zeit", proviene da A. VOBKUHLE in H. von Mangoldt, F. Klein, Ch. Starck (curr.), *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. 3, C.H. Beck, München, 2020, 50.

<sup>22</sup> Il Tribunale, in *BVerfGE* 6, 300 (304) precisa, infatti, che «*A norma dell'articolo 35 BVerfGG, il Tribunale Costituzionale Federale può determinare nella sua decisione l'organo responsabile dell'esecuzione; può inoltre stabilire la forma dell'esecuzione nel caso concreto. Per questo, il Tribunale adotta tutte le disposizioni necessarie per garantire validità alle sue decisioni conclusive del procedimento. La forma, il mezzo e il contenuto delle disposizioni di esecuzione dipendono da un lato dal contenuto sostanziale della decisione che deve eseguirsi e da un altro, dalle concrete relazioni che devono essere armonizzate con la decisione, in particolare dal comportamento delle persone, organizzazioni, autorità e organi costituzionali ai quali o contro i quali si dirige la decisione. Il concetto di esecuzione in questo caso "comprende tutti i mezzi necessari per creare quelle situazioni richieste per realizzare il diritto rivelato dal Tribunale Costituzionale Federale". L'articolo 35 del BVerfGG presuppone che le disposizioni da adottare per l'esecuzione della decisione si adottino nella stessa. Ciononostante, quando la necessità di tali disposizioni si manifesti successivamente, potranno adottarsi con una autonoma risoluzione del Tribunale. Però (il tribunale) non potrà modificare, completare o ampliare i termini della decisione di fondo*» [traduzione nostra]

<sup>23</sup> Si riporta qui la traduzione in G. CERRINA FERONI in *Giurisdizione costituzionale*, cit., 339.

costituzionale significherebbe, per dirla con le parole di Adolf Arndt<sup>24</sup>, richiamate dallo stesso Tribunale, «l'insieme delle misure necessarie per creare i presupposti di fatto volti a dare realizzazione al diritto pronunciato dal Tribunale Costituzionale» o, ancor più puntualmente, secondo Lercheb<sup>25</sup> «uno strumento per far fronte alle conseguenze della decisione adottata».

Sulla base di tale peculiare nozione di esecuzione, il Tribunale ha ritenuto di potere ricondurre nella sfera applicativa del §35 anche quei tipi decisorii che, secondo la dogmatica processualistica comune, non sarebbero suscettibili di esecuzione: nell'ambito del diritto processuale costituzionale sarebbero ammissibili strumenti *lato sensu* esecutivi anche *a latere* di sentenze dichiarative o costitutive e anzi, come da più parti rilevato, sarebbe proprio l'ambito del controllo di costituzionalità (e, quindi, l'ambito delle sentenze dichiarative) quello in cui il Tribunale ha realizzato un'espansione della sua posizione di “padrone della esecuzione” (*Herr der Vollstreckung*), fino a giungere a lambire i confini della legislazione.

Tipici strumenti esecutivi *ex* §35, accostati a pronunce dichiarative e costitutive, sono proprio il *Weitergeltungsanordnung* e l'*Auffangregelung*, assieme allo *Übergangsanordnung*: della potenziale forza dirompente dei primi due si è detto sopra, sicché occorre adesso definire l'ultimo “ordine di esecuzione”. Per farlo, può richiamarsi, ancora una volta, un celebre caso posto all'attenzione del *BVerfG* nel 1993, concernente la costituzionalità della scriminante penale per interruzione di gravidanza, così come regolata dal legislatore federale: con una storica sentenza, il Tribunale ha dichiarato la nullità dei riformati §§ 218 a, comma 1, e 219 dello *Strafgesetzbuch*, poiché, nel bilanciare il diritto della madre all'autodeterminazione e il diritto alla vita del nascituro, attribuiva valore preminente al primo sul secondo, violando così la Costituzione. Il Tribunale però, considerando il pericoloso vuoto normativo derivante dalla caducazione delle norme penali in materia di aborto e, in particolare, la circostanza per cui la sentenza avrebbe di fatto reso non sanzionabile la condotta incostituzionale per un periodo potenzialmente illimitato, ha ritenuto di esercitare, in misura quantomai singolare, i poteri attribuitigli dal §35 *BVerfGG*, come interpretati nella sua stessa giurisprudenza.

Nel dichiarare la nullità delle norme suindicate, il Tribunale ha, dunque, disposto che queste restassero in vigore sino al 15 giugno 1993 e che, successivamente, si applicassero le norme non caducate della legge sulla gravidanza e l'assistenza alle famiglie (*Schwangeren und Familienhilfegesetzes*), congiuntamente – e questa è la misura che viene in rilievo – alla regolamentazione contenuta nei punti dal 2 al 9 della stessa sentenza. Con ciò il Tribunale ha sostituito le norme dichiarate nulle perché incostituzionali con una propria regolamentazione da applicarsi sino alla approvazione, da parte delle Camere, di una nuova legge quanto più conforme alle motivazioni della decisione<sup>26</sup>. È questa la portata potenzialmente dirompente dello *Übergangsanordnung*, ossia l'introduzione di regolamentazioni provvisorie, sostitutive delle norme caducate e lasciate alla libera determinazione del Tribunale costituzionale. Del tutto, esemplare, dunque, è il caso testé analizzato, poiché il *BVerfG* vi giunge, potenzialmente superando il principio di legalità penale, ad introdurre fattispecie delittuose e cause di giustificazione con una propria sentenza<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> «Inbegriff aller Maßnahmen, die erforderlich sind, um solche Tatsachen zu schaffen, wie sie zur Verwirklichung des vom Bundesverfassungsgericht gefundenen Rechts notwendig sind.» A. ARNDT, *Das Bundesverfassungsgericht*, in *Detuscher Verwaltungsblatt*, 1952, 3, cit., in *BVerfGE* 6, 300 (303).

<sup>25</sup> «Weder unmittelbarer Entscheidungsvollzug noch mittelbare Durchsetzung des Entscheidungskonsequenzen, sondern Bewältigung der Folgen der respektierten Entscheidung ist der Kern der Sache.»

<sup>26</sup> Si riporta qui il *decisum* contenuto in *BVerfGE* 88, 203 (209): «Die Anträge im Verfahren 2 BvF 2/90, betreffend die verfassungsrechtliche Prüfung des § 218 b Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 sowie des § 219 Absatz 1 Satz 1 des Strafgesetzbuches in der Fassung des Fünfzehnten Strafrechtsänderungsgesetzes vom 18. Mai 1976 (*Bundesgesetzbl. I Seite 1213*), sind erledigt. Gemäß § 35 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht wird angeordnet: (1) Das bisher nach Maßgabe des Urteils vom 4. August 1992 geltende Recht bleibt bis zum 15. Juni 1993 anwendbar. Für die Zeit danach bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung gelten in Ergänzung zu den Vorschriften des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes, soweit diese nicht durch Nummer 1. der Urteilsformel für nichtig erklärt worden sind, die Nummern 2 bis 9 dieser Anordnung.»

<sup>27</sup> Secondo Th. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE, (curr.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., vol. 2, § 35, par. 37, «La sentenza penale, probabilmente la più sensibile violazione della libertà del cittadino, non

### 3. Autonomia processuale del BVerfG e separazione dei poteri: ai confini della giurisdizione costituzionale.

L'analisi del modello decisionario dell'*Unvereinbarerklärung* (e dei suoi effetti principali, l'*Anwendungssperre* e il *Nachbesserungspflicht*), e degli strumenti esecutivi del *Weitergeltungsanordnung*, *Auffangregelung* e *Übergangsanordnung* appare rilevante per il costituzionalista proprio alla luce della genesi e dello sviluppo di queste fattispecie della giustizia costituzionale tedesca. Partendo dalle sentenze di incompatibilità, la dottrina rileva come questo modello possa definirsi una autentica invenzione del Tribunale costituzionale<sup>28</sup>, introdotto, inopinatamente, nel silenzio della legge, dove, anzi, può dirsi che le norme sugli effetti delle decisioni contenute del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* siano assolutamente imperniate sul paradigma della incostituzionalità-nullità e che l'efficacia delle decisioni del *BVerfG* sia rigidamente predeterminata dalla legge.

Ciò non ha impedito però, come già detto, la nascita e la diffusione del modello alternativo dell'incompatibilità, da ultimo riconosciuto dal legislatore nella riforma del testo del *BVerfGG*. Deve anzi rilevarsi come oramai la *Unvereinbarerklärung* sia assunta a soluzione prevalente da adottarsi nei processi di incostituzionalità<sup>29</sup> in una serie numerosa di circostanze: oltre l'ambito applicativo "classico" della *Unvereinbarerklärung*, ossia i casi di violazione del principio di eguaglianza da parte del legislatore (ed in particolare le ipotesi di esclusione di talune categorie da un beneficio o un privilegio), il Tribunale pronuncia la mera incompatibilità di una norma rispetto al *GG*

- qualora vi siano una pluralità di opzioni possibili per rimediarevi (e più in generale qualora nella determinazione di *policies* residui un margine di discrezionalità del legislatore),

- qualora all'eliminazione della norma non consegua uno stato giuridico costituzionale ovvero «la tutela di beni giuridici garantiti dal diritto costituzionale necessiti per la sua efficacia una disciplina legislativa»<sup>30</sup>,

- qualora l'esercizio di un diritto o libertà costituzionalmente garantito non possa essere esercitato senza disciplina legislativa o, da ultimo,

- nell'ipotesi in cui vi sia la necessità di evitare una situazione normativa di caos giuridico «o comunque di rischi per la stabilità finanziaria dello Stato, che potrebbero seguire ad una pronuncia di nullità» (*Chaos-Theorie*).<sup>31</sup>

Uno strumento eccezionale (perché nato come eccezione alla regola della nullità) con effetti altrettanto eccezionali (il blocco dell'applicazione anziché la caducazione *ex tunc*) si è così affermato nella prassi (e in assenza di una disciplina legislativa compiuta) come modello decisionario primario da preferirsi in una ottica di leale collaborazione e di dialogo con il legislatore. Deve, tuttavia, rilevarsi come un modello nato sotto questi migliori auspici, accostato agli strumenti esecutivi introdotti nel processo per incostituzionalità e legittimati dalla interpretazione estensiva del concetto di *Vollstreckung ex § 35* abbia gradualmente subito un'eterogeneità dei fini, rivelandosi un potente

---

si basava su una legge di cui era responsabile il Parlamento, ma su una sentenza della Corte costituzionale. Il terzo potere si è praticamente legittimato da solo.» (traduzione nostra).

<sup>28</sup> G. CERRINA FERONI in *Giurisdizione costituzionale* cit., 158, utilizza il termine "invenzione" o "*Erfindung*", riportando le parole di K. SCHLAICH in *Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 3° ed., C.H. Beck, München, 1994, 228.

<sup>29</sup> Vi sono tuttavia circostanze in cui la regola deve rimanere la dichiarazione di nullità. Si tratta perlopiù di casi di grave violazione di diritti fondamentali [*BVerfGE* 120, 378 (432 ss)] cit. in Th. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHG, (curr.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., vol. 2, § 35, par. 45 a; e di violazione, da parte della normativa censurata, del primato del diritto dell'Unione Europea direttamente applicabile [LENZ/HANSEL (Ch. Lenz, R. Hansel), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2a ed., Nomos, Baden Baden, 2015, § 95 nota n. 62].

<sup>30</sup> Si citano qui testualmente le parole di G. CERRINA FERONI in *Giurisdizione costituzionale*, cit., 193.

<sup>31</sup> Il tentativo di sistematizzazione dei casi di utilizzo della *Unvereinbarerklärung* si deve a G. CERRINA FERONI in *Giurisdizione costituzionale* cit., da 163 a 205. Si veda altresì: BENDA/KLEIN (E. Benda, E. Klein) *Verfassungsprozessrecht*, cit., nota 1393; K. SCHLAICH/ S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 11° ed., Beck, München, 2018, 401 ss.; LENZ/HANSEL, *BVerfGG*, cit., § 95 46, 63;

strumento di supplenza nelle mani del *BVerfG* rispetto al Parlamento tutte quelle volte in cui lo stesso Tribunale ritenga necessario intervenire, nelle more di una nuova disciplina legislativa, consentendo che la norma continui a trovare applicazione così come è stata formulata dal legislatore (*Weitergeltungsanordnung*) o con alcune modificazioni determinate dallo stesso *BVerfG* (*Auffangregelung*) o, addirittura, sostituendo completamente la norma dichiarata incostituzionale (o incompatibile, *Unvereinbar*) con una regolamentazione transitoria (*Übergangsanordnung*).

È certamente vero, come autorevole dottrina ha rilevato, che il § 35 non può intendersi come una delega in bianco al Tribunale<sup>32</sup> e che «le competenze (esecutive) del *BVerfG* sono integrate nella delicata rete di relazioni dello Stato costituzionale di diritto, che prevede una pluralità di organi statali di diversa struttura e funzione, senza attribuire ad uno di essi un peso determinante o addirittura preponderante»<sup>33</sup>; tuttavia, un tentativo efficace di disegnare i confini funzionali della giurisdizione costituzionale per limitare l'invasione nel campo del legislatore non può, come taluna dottrina ha segnalato, fondarsi sulla teoria metagiuridica del *judicial self-restraint*, che equivarrebbe a spostare il problema dall'ambito della dogmatica del diritto costituzionale e del metodo giudiziale all'ambito dell'*ethos* del giudice<sup>34</sup>. Definire i confini della necessaria astensione del giudice è un'impresa complessa, non oggettivabile, «con la conseguenza che vi sarebbe una autolimitazione secondo una logica del caso per caso e di valutazioni meramente soggettive, cioè per impeto morale ma senza un principio dimostrabile»<sup>35</sup>. Affidare alla autolimitazione giudiziale i confini stessi della giurisdizione costituzionale significherebbe attribuire al giudice una *Kompetenz-Kompetenz* illimitata, che ha come unico freno la valutazione soggettiva e casistica dell'impatto della decisione sulla realtà giuridico-costituzionale: circostanza, questa, che si verifica anche nell'ipotesi in cui la dottrina avalli l'utilizzo di talune forme decisorie e strumenti da utilizzarsi solo in ragione della gravità del *vulnus* ai diritti fondamentali e alle potenziali conseguenze della permanenza di un atto o fatto giuridico nell'ordinamento.

Nell'ordinamento tedesco, la questione dei confini della giurisdizione costituzionale è strettamente legata alla ermeneutica del § 35 e alla sua espansione giurisprudenziale: la norma in oggetto è unanimemente ritenuta la disposizione più problematica del *BVerfGG* poiché tocca al cuore la giustizia costituzionale, che, dalla sua interpretazione, ne dipende in gran parte. Peraltro, i poteri che il Tribunale ostenta ai sensi § 35 sono oramai riconosciuti e tollerati, in ragione dell'uso prudente che il Tribunale ne ha fatto nel corso degli anni e della lettura restrittiva e costituzionalmente orientata che la dottrina ne ha fatto: in alcun modo il Tribunale è pervenuto a poterne fare un uso finalizzato a invertire l'ordine di competenze stabilito nel *GG*<sup>36</sup>.

#### 4. Un nuovo diritto processuale costituzionale per un nuovo equilibrio tra poteri? Considerazioni conclusive

Nel dibattito italiano, il tema dei confini della giurisdizione costituzionale è, invece, tornato quantomai vivo, anche alla luce delle più recenti pronunce della Corte costituzionale: partendo dalla celebre sent. [1/2014](#), passando per la cd. [sent. Robin Tax](#), per il più recente [caso Cappato](#), per giungere all'ord. [132/2020](#), la dottrina si interroga intensamente sulla portata della autonomia processuale della Corte e sulla interpretazione, sempre più libera, delle norme che regolano il processo costituzionale<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Nomos, Baden-Baden 1980, 233.

<sup>33</sup> K. HESSE, *Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Jahrbuch der Öffentlichen Recht*, n. 46 (1998), 10.

<sup>34</sup> Si cita qui G. CERRINA FERONI in *Giurisdizione costituzionale*, cit., 377.

<sup>35</sup> *Ibidem*

<sup>36</sup> Cfr. Th. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE (curr.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., vol. 2, §35, par. 7.

<sup>37</sup> La questione è, invero, immanente alla essenza stessa della giurisdizione costituzionale: tanto la Corte, quanto la dottrina si sono interrogate, fin dall'avvento della Costituzione repubblicana, circa i confini del giudizio di costituzionalità e le relazioni tra legislatore. La dottrina, sul punto, è sterminata. *Ex multis* si veda: N. TRANFAGLIA, *Per una storia politica*

Da ultimo, proprio la conferma, nell'[ord. 132/2020](#) del modello decisorio introdotto con [ord. 207/2018](#), ha suscitato non poche reazioni. Sembra, dunque opportuno, dopo aver cercato di fornire elementi per una comparazione del modello italiano dell'ordinanza di rinvio a data fissa con la *Unvereinbarerklärung* (con particolare attenzione alla giurisprudenza costituzionale e al dibattito dottrinale tedeschi sull'espansione degli strumenti esecutivi *ex § 35 BVerfGG a latere* delle decisioni di incompatibilità e di incostituzionalità), prendere in considerazione più da vicino l'esperienza italiana (anche tramite suggestioni evolutive derivanti dalla comparazione e in prospettiva *de iure condendo*).

La dottrina più avveduta ha posto in rilievo come, se «grazie alla invenzione della nuova tecnica decisoria sarà possibile far luogo ad interventi ancora più incisivi e pressanti nei confronti del legislatore»<sup>38</sup>, tale tecnica decisoria appaia tuttavia «debordante dal quadro degli strumenti predisposti e foriera di inconvenienti»<sup>39</sup>. A seguito della medesima iniziativa della Consulta, si è ancora sostenuto che essa abbia integrato un'anomalia senza precedenti e «senza alcuna base nelle norme costituzionali e primarie che regolano il processo costituzionale»<sup>40</sup>. Ora, guardando all'esperienza tedesca, invitano senz'altro ad una seria riflessione circa i futuri sviluppi delle forme decisorie e delle relazioni tra Corte, legislatore e giudice comune: infatti, particolarmente, sul piano delle decisioni di incompatibilità, il vincolo di riforma che ricade sul legislatore (*Nachbesserungspflicht*), il blocco dell'applicazione della norma incompatibile (*Anwendungssperre*) e i poteri manipolativi delle disposizioni oggetto del giudizio (*Weitergeltungsanordnung, Auffangregelung, Übergangsanordnung*) mostrano una espansione dei poteri del *BVerfG* operata, se non *contra legem*, almeno attraverso un'interpretazione estensiva e abbastanza critica della legge che regola il processo costituzionale (*BVerfGG*), almeno nella misura in cui possa pregiudicare le competenze del potere legislativo e giudiziario, evocando forse così la nascita di uno Stato giurisdizionale<sup>41</sup>.

Occorre, tuttavia, innanzitutto, osservare che, pur considerate unitamente in ragione dell'attenzione del presente studio ai profili più squisitamente processuali del modello decisorio in analisi, non s'ignora come le due ord., [207 del 2018](#) e [132 del 2020](#), presentino profili radicalmente differenti con riguardo alla questione di diritto, al *petitum* e quindi all'attività cassatoria astrattamente richiesta alla Corte: l'ord. [207/2018](#) mira alla sottrazione di un fascio di condotte dall'ambito della norma penale *sub iudice*, mentre l'ord. [132/2020](#) valuta come sproporzionata la pena sancita dalla legge penale per il reato di diffamazione a mezzo stampa. Ciò premesso, lungi dal voler valutare le modalità di esercizio della autonomia processuale della Corte con riguardo a due questioni empiricamente differenti (e che in passato, nella giurisprudenza della Consulta, hanno trovato

---

della Corte costituzionale, in Id. (cur.), *Dallo stato liberale al regime fascista*, Feltrinelli, Milano, 1973; E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna, 1996, 34 ss.; G. BOGNETTI, *La Corte costituzionale e la sua partecipazione alla funzione di indirizzo politico dello Stato nel presente momento storico*, in *Jus*, I-II/1967, 109 e ss.; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Giuffrè, Milano, 1962, 966 ss.; R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (curr.), *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006; S. RODOTÀ, *La Corte, la politica, l'organizzazione sociale*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (curr.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1988, 492 ss.; C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Laterza, Roma, 1984, 139 ss.; T. ANCORA, *La Corte costituzionale e il potere legislativo*, in *Giur. cost.*, 1987; P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giur. cost.*, 1957; V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, IV, 129.

<sup>38</sup> A. RUGGERI, [Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale \(a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato\)](#), cit., 573.

<sup>39</sup> A. RUGGERI, [Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda](#), in questa *Rivista*, 2019/I, 108.

<sup>40</sup> Sono queste le affermazioni, motivate peraltro, soprattutto, in ragione del tema, di G. RAZZANO, *Sulla relazione fra l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, in [Dirittifondamentali.it](#), n.2/2019.

<sup>41</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz: erweiterte Fassung eines Vortrages gehalten in der Carl Friedrich von Siemens Stiftung am 19. Oktober 1989*, in *Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung*, München-Nymphenburg, 1990, 61 e ss.; A. VOBKUHLE in H. von Mangoldt, F. Klein, Ch. Starck (curr.), *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., 93.

soluzioni differenti sul piano delle tecniche decisorie<sup>42</sup>), il nostro obiettivo mira piuttosto ad inquadrare il modello decisorio a doppia pronuncia scevro al possibile da valutazioni attinenti al merito delle relative controversie. D'altronde, è la stessa Corte che, nel motivare le ragioni dell'applicazione, nell'[ord. 132](#), del medesimo modello decisorio introdotto nel [2018](#), pone in rilievo la centralità della discrezionalità del legislatore nella ponderazione di interessi contrapposti<sup>43</sup> e riporta testualmente le motivazioni contenute nel considerato in diritto n.10 dell'[ord. 207](#).

Ma, ciò che sembra maggiormente rilevare, e che, quantunque il modello della *Unvereinbarerklärung* sia ad essa ben noto<sup>44</sup>, la Corte, con saggia cautela, si astiene dal richiamarlo espressamente, probabilmente proprio al fine di esorcizzare il sospetto di volersi avviare su un percorso analogo a quello del *BVerfG*.

Per altro verso, il livello di attivismo giudiziale del Tribunale costituzionale federale tedesco sembra al momento irraggiungibile dalla nostra Corte, giacché, particolarmente, fattori attinenti alle rispettive competenze rendono assai significative le discontinuità tra i due giudici costituzionali<sup>45</sup>. Ciò che, unitamente alla differente conformazione delle norme di rango primario che disciplinano il processo costituzionale, rende differenti i modelli processuali e quindi la conformazione delle due giurisdizioni costituzionali. Il *BVerfGG*, infatti, disciplina in forma dettagliata gli effetti delle decisioni del Tribunale, il procedimento decisionale, i poteri cautelari, le peculiarità dei differenti procedimenti costituzionali, non senza, tuttavia, presentare talora formulazioni decisamente generiche, ponendosi così all'origine di quella duttilità interpretativa che ha consentito al *BVerfG* di introdurre fattispecie nuove, anche potenzialmente confliggenti con la lettera delle norme.

Ampliando, per converso, lo spettro della comparazione, la tendenza a "smarcarsi" dallo stringente binomio accoglimento-rigetto e ad ampliare sia gli strumenti di gestione del processo costituzionale, sia i modelli decisori, appare senza dubbio una tendenza oramai risalente della giustizia costituzionale europea. L'esperienza spagnola della *simple inconstitucionalidad* e la paradigmatica STC 146/2013, che ha fissato per la prima volta un termine, pari ad un anno, al legislatore entro cui provvedere alla riforma di una disciplina ritenuta confligente con la Costituzione,<sup>46</sup> è una conferma di quello che

---

<sup>42</sup> Si veda, per esempio [la sent. 27/1975](#), concernente la regolazione delle condotte di interruzione volontaria di gravidanza, in cui la Corte, ritenendo di dovere sottrarre dal fascio delle condotte incriminate dall'articolo 546 c.p la condotta interruttiva della gravidanza della donna, non caratterizzata dagli elementi della attualità e immediatezza del danno alla salute, dichiara l'incostituzionalità della norma *de qua* «nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato ... e non altrimenti evitabile, per la salute della madre».

<sup>43</sup> È la stessa Corte che pone al centro delle argomentazioni a favore dell'utilizzo della tecnica decisoria, nel momento in cui afferma: «Il compito naturale di questa Corte è quello di verificare *ex post*, su sollecitazione dei giudici comuni, la compatibilità delle scelte compiute dal legislatore con la Costituzione (ordinanza n. 207 del 2018) [...]. Un compito al quale anche in questa occasione questa Corte non può e non intende sottrarsi, ma che – rispetto alle possibilità di intervento di cui dispone il legislatore – sconta necessariamente la limitatezza degli orizzonti del devolutum e dei rimedi a sua disposizione, che segnano il confine dei suoi poteri decisori (enfasi aggiunta); con il connesso rischio che, per effetto della stessa pronuncia di illegittimità costituzionale, si creino lacune di tutela effettiva per i controinteressi in gioco, seppur essi stessi di centrale rilievo nell'ottica costituzionale (per analoghe preoccupazioni, si veda ancora l'ordinanza n. 207 del 2018).»

<sup>44</sup> Esempi ne sono lo studio del SERVIZIO STUDI DELLA CORTE, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, Roma, 2018 (a cura di M. T. Rörig), come anche la circostanza per cui Augusto Barbera, oggi giudice costituzionale, auspicasse, in un commento alla [sent. 70/2015](#), l'introduzione della dichiarazione di incompatibilità (A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in [Rivista AIC](#) 2015 n. 2, 4, 5.); analogamente lo stesso giudice relatore, Franco Modugno, fin dagli anni Ottanta: F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 153.

<sup>45</sup> Si pensi alla presenza della *Verfassungsbeschwerde* tra le competenze del *BVerfG* e alla posizione così riservata al giudice costituzionale nella tutela dei diritti fondamentali, quale giudice di ultima istanza con la competenza di riformare gli atti degli altri poteri dello Stato; ancora, alla dichiarazione della incostituzionalità dei partiti politici *ex art. 21*, comma 2, del GG.

<sup>46</sup> Cfr. Tribunal Constitucional de España, STC 146/2013 «*para cohonestar por un lado la exigencia procedimental del informe previo de la Comunidad Autónoma de Canarias, que viene establecida directamente por la Constitución, y, por otro, los propios intereses de la Comunidad Autónoma de Canarias, que podrían experimentar un perjuicio derivado de vacíos normativos, la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad debe quedar diferida por el plazo*

può, a ragion veduta, definirsi un autentico crittotipo della giustizia costituzionale, la pronuncia di incompatibilità. Si è cioè in presenza del tentativo di innovare le tecniche decisorie al fine di contemperare le esigenze di tutela effettiva e tempestiva dei diritti fondamentali avviliti dalla norma incostituzionale e solerte “seguito” delle decisioni del giudice costituzionale con il rispetto del “privilegio del legislatore” e della sua discrezionalità politica nella determinazione di nuove discipline normative. E a tale *trend* non si è sottratta, come già considerato, neanche la Corte costituzionale italiana.

Circa il potenziale risvolto patologico consistente specialmente nel rischio dell’invasione della discrezionalità costituzionalmente garantita del legislatore, ma anche l’autopoiesi di nuovi imprevisi poteri gravanti su regime delle norme sottoposte a giudizio, sembra finalmente di poter indicare l’antidoto di una revisione costituzionale, che specifichi e limiti i poteri di gestione degli effetti delle decisioni della giurisdizione costituzionale<sup>47</sup>, e, su altro, certamente incommensurabile piano, il lavoro dottrinale<sup>48</sup>, teso a definire i confini di un tale modello decisorio, assieme alle ipotesi (quanto più eccezionali) in cui poterlo adoperare.

D’altro canto, non deve neanche più di tanto sorprendere che il diritto processuale costituzionale tenda sempre di più a riflettere le esigenze del diritto sostanziale<sup>49</sup>: se è vero, infatti, che «una disciplina del processo costituzionale la quale riduca per quanto possibile la discrezionalità della Corte costituisce il più solido connotato del carattere giurisdizionale delle sue funzioni, nel quale risiede il miglior presidio possibile della sua indipendenza e della sua funzionalità»<sup>50</sup>, è anche vero che l’anima intrinsecamente politica<sup>51</sup> del giudice costituzionale deve sempre essere messa in conto nelle valutazioni sul suo operato e che troppo spesso (e sempre più) la Corte costituzionale, come i tribunali costituzionali dei paesi più vicini, si trovano a colmare omissioni e lacune del potere legislativo. Di qui quell’attività creativa di tecniche decisorie nuove, comprensibili solo alla luce di quel carattere di supplenza del decisore politico che il giudice costituzionale, di buon grado o suo malgrado, non infrequentemente è chiamato ad esercitare<sup>52</sup>.

---

*de un año, plazo que se considera razonable para que, en su caso, se sustituyan las normas declaradas nulas una vez observado el procedimiento constitucional del informe previo emitido por el poder legislativo de la Comunidad Autónoma de Canarias»*

<sup>47</sup> L’esperienza austriaca è in questo senso paradigmatica. La costituzione federale contempla una articolata tipologia di strumenti per modulare gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Cfr. G. CERRINA FERONI, *La giurisdizione costituzionale*, cit., 215, nota 161.

<sup>48</sup> Cfr. R. ROMBOLI, che sostiene (*Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, Giappichelli, Torino, 2017, 24) come la dottrina abbia il compito «di segnalare tutti i casi in cui la Corte costituzionale va oltre i suoi limiti e le sue competenze, anche a rischio di essere definiti vivisezionisti delle sentenze o classificatori di farfalle, perché questo incide sulla legittimazione della giustizia costituzionale ed ha altresì ricadute sull’attività dei giudici comuni, i quali non possono non risentire di atteggiamenti o interpretazioni extra ordinem del Giudice costituzionale».

<sup>49</sup> Così M. RAVERAIRA (*Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11/2018, 140), peraltro, in senso critico rispetto alle tendenze della giurisprudenza della Corte.

<sup>50</sup> A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. Bessone (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 1996, 133.

<sup>51</sup> Si intendono riportate qui le persuasive riflessioni di A. SPADARO in *Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 5/2017.

<sup>52</sup> *Ibidem*, 14.